

法政大学学術機関リポジトリ

HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

## &lt;論説&gt;行政上の即時強制における憲法論

著者	奥田 剣志郎
雑誌名	社会労働研究
巻	30
号	1-2
ページ	149-180
発行年	1983-12-20
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10114/00018297">http://hdl.handle.net/10114/00018297</a>

# 行政上の即時強制における憲法論

奥田 劍志郎

はじめに

- 一 行政法と憲法体制
- 二 行政上の即時強制の意義と理論
- 三 行政上の即時強制の憲法的根拠
- 四 行政上の即時強制における憲法的基本原則
- 五 若干の判例検討  
おわりに

はじめに

行政法には、何故か登場すべきところに憲法論が登場してこないという疑問が以前からある。<sup>(1)</sup> 主要な教科書や論文を対象にしても、多かれ少なかれ、そのことがいえる。<sup>(2)</sup> 行政法は、行政権力の行使規定を含むから、基本的人權等の憲法論が前提となり、またならねばならない。とりわけ、行政上の即時強制については、行政権力そのものを対象と

するから、憲法論、とくに、基本的人権から、それがどのように合理的に理論づけられるかが重要なポイントになる。しかし、この分野においてさえ、後述するように、憲法論が軽視されている。もともと日本の行政法は、大陸とくにドイツの絶対君主制下で国家権力の便宜上確立されたものを導入し、理論展開も、主としてドイツからの一方的な影響を受けている。従って、旧い型の行政法学においては、人権を中心とした憲法論を期待することは困難といえる。しかし、絶対天皇制を否定し、国民主権の民主政治を大原則とする日本国憲法の施行から三六年も経過している今日、まだ一九世紀の旧態然たる理論もまかり通っている。<sup>(4)</sup>日本国憲法は、明治憲法下のような国家権力によって抑圧された生活を送らないように、すべての法分野に民主的原則の確立をめざした。しかし、憲法論が既に定着し、充分実践されているべき筈の分野においてさえ疑問視されるような状態にある。とくに行政上の即時強制で憲法論の不在は、侵害的行政権力を憲法の制約対象にできないことを意味する。<sup>(5)</sup>そのような状態では、憲法そのものが蹂躪され、憲法体系と行政法体系の二元体制を生じ、結局法的効力としては、憲法が死滅させられてしまう。<sup>(6)</sup>

そこで、国民のために、予め行政権力が抑制され、適正な形で行使されるよう憲法で足枷をする必要がある。それは行政法の重要部分で憲法論を定着させることによって達成される。憲法はあらゆる実定法の最高位にあり、<sup>(7)</sup>下位法の授權規範である。憲法には明文の原則と長い歴史から原則と見做されるものもある。日本国憲法の三大原則や法の支配、社会契約論、憲法制定権力論等様々なものがあげられる。これらの原則は、人民の長い権力との闘争により、妥当づけられ、現在では、国家の政治の大原則として、厳然と存在するものである。しかし、問題はこれらが実質的にも憲法上の大原則として、下位法にそのまま適用され、下位法を支配する原則となっているかである。その原則の趣旨が途中で減殺されたり、憲法原則に反する別の新たな対抗理論で妨害されれば、結果は下位法が實際上効力ある

最高法規になってしまふからである。<sup>(8)</sup>しかし、これは現代国家の政治原則集としての憲法の意図的回避であり、従って民主的なコントロールの例外を認め、下位法の独走を許すことにもなる。このような観点から、権力の行使を中心とする行政上の即時強制を問題点の一つとして考察するものである。

このような問題は、他の法分野でもあるが、主権者としての国民に及ぼす実質的な影響は行政法ほどではない。<sup>(9)</sup>この小論では、基本的人権に最も関係のある行政上の即時強制につき、権力行使をどのように正当づけ、また、それは憲法の大原則に沿っているか、などを憲法論から検討してみたいと思う。勿論、権力行使すべてが問題だというのはなく、どれだけ国民の権利を配慮し、憲法原則を遵守し、納得の行く理論展開をしているかを問題とするものである。行政法に憲法論を反映させることによって、行政権力濫用を予防、監視し、また救済策を講じることが主たるねらいとするものである。

(1) このような問題は、憲法分野にも存在する。例えば、猥褻な表現がそうである。問題は、憲法論の低下は、権力濫用に直結し、逆に、権力濫用が憲法論の低下をもたらすということである。つまり、憲法論と権力濫用とは反比例の関係にある。

(2) 筆者の読破力からは、極めて限られたものだけを対象にしているので、論証の点では問題があるところである。

(3) 成田頼明・荒秀・南博方・近藤昭三・外間寛『現代行政法』(一九七八年 有斐閣) 二〇頁―二四頁。

(4) 典型的なものとして、特別権力関係論といわれるものがあげられる。

(5) 例えば、文部省による教科書検定は正しくこのような問題の一つである。

(6) 現在でも、安保体制と憲法体制の二元体制による憲法体制無視がある。小林孝輔『新・憲法通論』(一九八〇年 日本評論社) 七三頁。

(7) いわゆるケルゼンの法段階説。

(8) この典型例は、人権のプログラム規定説である。人権は単なる宣言文にすぎないとする考えが根底にある。しかし、これ

は正しく一九世紀のドイツ的発想であり、勿論憲法の歴史と意義を無視するものである。

(9) 行政法がカバーする分野は、現代生活のほとんどすべてにわたっている。

## 一 行政法と憲法体制

近代民主主義の基盤に不可欠な憲法原理に社会契約論がある。それは、結局のところ、何故国家（当時は行政権の主体としての国王）が国民の統治に正当性を有するのかを法的に理論化したものといえる。<sup>(1)</sup>典型的には、ホッブス、ロック、ルソー等である。とくに、ロックとルソーの理論は、今日においても充分働いている。<sup>(2)</sup>いずれも、政治権力の源泉を国民に置いている。<sup>(3)</sup>国家つまり現実の具体的政治権力の行使手としての国家（君主）が、その権力行使の正当性を国家構成員たる国民に求めたところに意義を有する。これらは、後に国民主権、人民主権論へとつながってゆく。この社会契約論は、国家権力を妥当づける理論として多くの支持を受けてきた。従って、行政権（現在は天皇ではなく、憲法六五条により内閣に属する）は、憲法理論からは、国民の厳粛な信託に基づき、その権威は国民に由来し（憲法前文第一節）、その存在は憲法の規定ならびに憲法の諸原則により妥当づけられる。行政権限の行使は、国民の意思に基づき、国民のためになされる。これを憲法は人類普遍の原理としている（憲法前文第一節）。これは、社会契約論の原理が民主主義の基礎にあることをのべている。<sup>(4)</sup>しかし国民の信託によるといっても、現実には行政権を行使するものが存在し、しかもそれは国民そのものではない。権力行使主体が国民とは別個に存在せざるをえないことから生ずる一種の擬制である。従って、行政権力の行使は、対国民との関係で、とくに注意すべきことになり、これらの行政権の具体的な持ち手に対し、憲法レベルで法的義務を課し、国民の信託に沿うように仕組まれている。

例えば、憲法六六条三項の「内閣は、行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負ふ」や同九九条「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ」がある。これは、行政権の行使が憲法の諸原則、諸原理に従つてのみ正当性を有することを示している。この点、行政法学では「行政主体」という用語があり、一般的説明によると、行政機関の「行為の法的効果である権利義務の統一的、継続的な帰属点として抽象的な存在としての国又は地方公共団体が常に想定される。これが行政権の主体といわれるものである<sup>(5)</sup>」としている。しかし、前述したように、行政の主体は行政権限の源泉の国民である。この用語の問題点は、具体的な権限行使者の内閣の行為が抽象的な人格としての国の行為と想定される危険である。権力行使を重視すると、これは一種のトリックともいえる。何故なら、憲法の規定は、権力を具体的に濫用しうるものとしての国家権力に向けられたものであり、権限行使の主体を抑制し、監視するものとして意義を有してきたからである。<sup>(6)</sup> 具体的な権力主体を抽象的な存在に化体させるものであり、現実の権力行使主体を覆い隠す惧れもある。行政権力の源泉が国民にあることは、別の憲法理論の憲法制定権力論によっても明らかにされる。<sup>(7)</sup> この理論の中核は、憲法制定権は、国民が有するという点である。しかも、制定権力論によると、いわゆる三権はいずれも憲法によって作られ、憲法の諸原則に服しなければならない。従つて、行政権限の主体は国民により、憲法上付与された行政上の権限行使者にすぎず、行政機関そのものが国民や憲法の諸原則から独立して自由に行動することは絶対に許されない。従つて、同じく国民を「行政客体<sup>(8)</sup>」とすることも問題であるが、逆に一九世紀的行政法のアプローチがよく解る用語法ともいえる。例えば、一九世紀では具体的な行政権の権限行使者であった国王をいわゆる法人としての国家の中に化体させ、行政の具体的な結果に対する直接的攻撃を回避した。それにより、具体的権力者の実像を覆い隠すオブラートの役割を果たした。さら

に、問題となるのは、「国」を想定することにより、行政庁を構成する個々のメンバーの責任が曖昧になることである。国家の背後にかくれてしまうという効果を伴なう。権限行使には、具体的な権力が含まれ、また、権限行使主体は、實際上、国民とは別個の存在であることを考慮して、用語が使われるべきである。同じ問題として、「国家の権利」という用語がある。<sup>(9)</sup> 行政法は、具体的な権力行使を扱うから「権利」という言葉も注意する必要がある。「国家の権利」でいう国家は、勿論、行政権限行使機関を指すものではない。それは国民主権の国民を含む統治体から権限行使が認められるにすぎない。もともと、国家の権利あるいは基本権というのは、国際法上対外的に用いられる概念であり、その際国家は、行政機関ではなく、国民を中心に、統治権を基礎に置き、国家主権を有する総合体としての国家を指す。<sup>(10)</sup> 民主主義においては、少なくとも、権力関係を含む行政では、権利の主体は必ず具体的な人間自体に帰属するものであり、個人を超えた超個人的な存在（法的仮装、擬制）に与えることは、国民との関係で許されない。何故なら、すべての政治権力は、まさしく具体的な個々の国民より生じ、その信託の下で行使できるにすぎず、それを抽象的な国家に付与することは、この原則を回避し抽象的な国家にすべての権力の源泉を託すことにするという危険性もある。抽象的な国家を権利主体とすることにより、具体的な権限行使者（権力を伴なうところから、権力者でもある）は、まさに主権の持ち手としての国民を国家の名により無視し、現実の権限主体の独走を許すことになる。<sup>(11)</sup> 現実の行政機関は民主政治のための単なる一機関にすぎず、国民を超えた国家などでは決してないことを明確にし、具体的権限行使を監督規制できる権利を国民に充分保障し、それを国民の基本的人権として、行使できるよう法制度化することが必要である。この点いわゆる法治主義の名の下に種々法制度化されているが、上記の趣旨が必らずしも充分達成されていないところに問題がある。このような問題点のいくつかを即時強制から見てゆくのがこの小論の目

的でもある。

さらに憲法論として重要視されるものに、二〇世紀的人権である社会権をあげることができる。社会権を国民の要求とし、行政庁が手足となり具体的に実現することになる。即時強制において、国民の生活権を実質的に保障するため、強制力を用いるという問題も、憲法の社会権の原則から派生する条件を基準とすることになる<sup>(12)</sup>。

(1) 社会契約については、一六世紀以前にも存在しているが、いわゆる近代市民社会を前提とするものは、一七世紀中期以降だといえる。Harmon, *Political Thought from Plato to the present*, (1964), pp. 196-262.

(2) 下山瑛二『人権の歴史と展望』（増補版）（一九八〇年 法律文化社）三〇頁以下参照。

(3) ホッブス、ロック、ルソーの相違につき、竹澤喜代治『人権の思想』（一九七八年 嵯峨野書院）一三頁―二〇頁。

(4) 杉村章三郎・山内一夫編『行政法辞典』（一九八〇年 ぎょうせい）一二三頁―一二四頁。

(5) 成田・南・外間・荒・近藤・前掲・五五頁―五六頁。「行政主体」の用語例については、問題とする説もある。室井力編『現代行政法入門(1)』（一九八三年 法律文化社）六五頁以下。

(6) 和田英夫『新版憲法体系』（一九八二年 勁草書房）一九頁。

(7) アベ・エマニエル・ジョセフ・シェイエスの『第三段階とは何か』の中で、ブルジョワジーの実質的主権を確保することを憲法の制定権で果そうとしたものである。制憲権の詳しい議論については、芦部信喜「憲法制定権力」『日本国憲法体系（第一巻総論1）』宮沢俊義先生還暦記念（一九六一年 有斐閣）七三頁以下。

(8) 成田・南・外間・荒・近藤・前掲・五六頁。

(9) 『行政強制―行政権の実力行使の法理と実態』ジュリスト増刊（一九七七年）五頁。

(10) 末川博編『法学辞典』（一九七四年 日本評論社）三四九頁―三五〇頁。

(11) この点、明治憲法下において、「国家」や悠久の大義等の美名を用い、その具体的な権力者あるいは権力集団が恣意的な権力濫用をなしたことは周知のところである。



(12) この点については、後述する。

## 二 行政上の即時強制の意義と理論

行政上の即時強制は、通常行政強制の中に含まれると考えられている。<sup>(1)</sup> 行政強制は、大きく分けて、行政上の強制執行とここで扱う行政上の即時強制に分けられる。いずれも行政目的の実現を確保するため、人民の身体又は財産に實力を加え、もって行政上必要な状態を実現する行政権の事実上の作用をいう。<sup>(2)</sup> とくに、後者は、行政上の義務の履行を強制するためではなく、行政違反に対し目前急迫の障害を除く必要上、義務を命ずる暇のない場合、又はその性質上、義務を命ずることによってはその目的を達しがたい場合に、直接に人民の身体又は財産に實力を加え、もって行政上必要な状態を実現する作用であると定義される。<sup>(3)</sup> 行政上の即時強制には二つの要件がある。一つは「目前急迫の障害を除く必要上、義務を命ずる暇のない場合」であり、もう一つは「その性質上、義務を命ずることによつてはその目的を達しがたい場合」である。前者の例としては、狂犬の襲殺、伝染病や精神障害者の強制入院、消防士による消火作業等がある。目前急迫の障害を除くこと自体、一般的には行政目的を実現するものとされ、<sup>(4)</sup> 正当な實力行使と認められている。また後者の例としては、行政調査といわれるものが該当すると考えられている。しかし、後者の要件については、問題もある。まずその意味が必ずしも明確ではなく、義務の存在が不要ともとられる。しかし、行政法上の義務が存在しないのに、財産、身体に直接實力が加えられることは、「義務なきところに権限なし」とする法の大原則に反する。しかし、これを正当化する理由として、予め義務を課し、その履行をまっぴら強制執行をしたのでは、時期を失し、公共の安全を害し社会の福祉を損ねること、義務の性質によっては義務者の任意の履行を期待

しえないものもあることから、別に義務を課することなく、行政上の必要な状態を実現することの必要性などがある<sup>(5)</sup>。行政上の履行すべき具体的な法的義務を前提としないから、行政強制の特殊な分野であるといえる。従って、このような行政機関の実力行使については、国民の人権と衝突する場合が多いことを考え、とくに、法的に厳格な条件が付され、制限的に行使されるように配慮することは当然であり、即時強制を行政サイドの便法とすることは、極力排除されねばならない。

行政上の即時強制の存在を正当化する理論には、どのようなものがあるかをみる。日本の行政法は、戦前戦後を通じて、ドイツ公法理論の強い影響の下にあり、そのドイツは、行政上の即時強制に関する理論及び法制で最もよく整備されているため<sup>(7)</sup>、わが国が受ける影響も非常に大きい。従来、ドイツの理論は、そのまま日本版に翻訳される傾向が多く、即時強制の場合も同じである。そこで、まずドイツでは即時強制について、どのような理論が存在するかを見てみよう<sup>(8)</sup>。

行政上の即時強制という概念や理論もドイツ行政法学による<sup>(9)</sup>。プロイセンでは、公共の安全及び秩序に対する障害の除去については、警察の任務ないし警察概括条項の中に、公共の危険を防止するための即時強制の一般的根拠があり、特別の規定は必要がなく、さらに、法律の干渉がない限り警察の任務遂行に必要な範囲内で、身体、財産に侵害が可能であると考えた<sup>(10)</sup>。一種の自明論である。勿論、このような考えは、現在の民主主義の権力監視型憲法体制下では許されない<sup>(11)</sup>。しかし、このような発想は、必ずしも一九世紀で終る訳ではなく、警察権力の存在に常に伴うものでもある<sup>(11)</sup>。従って、古くて常に新しい考え方である。

しかし、このような包括的な授權は疑問視されるようになる。オットー・マイヤーは、民法の正当防衛、緊急権と

いう法理の援用によって解決しようとした。<sup>(12)</sup> 三つの場合に分けている。一つは、「警察自衛」で、公行政に対する違法の侵害は、警察の実力行使によって排除されるとし、これをドイツ民法二二七条の正当防衛の法理で説明する。二つは、「可罰的行為の実力による制止」で、可罰的行為は、警察違反でもあり、警察権は実力使用により直ちに干渉し、公共の秩序を保護するとし、同じくドイツ民法二二七条の他人が蒙る違法な侵害に対する正当防衛に対応するとされる。三つは、「警察急状権」で、警察違反に伴う危険が切迫しているとき、警察の実力行使が認められるとし、ドイツ民法二二八条、九〇四条の民法急状権の法理の転用で説明する。即ち、急状権の下では、他人に対して加える侵害が、自由の侵害というより利益の保護になる場合は、許容されるべきとされる。<sup>(13)</sup> マイヤーの理論は、行政強制の分野としてよりも、一種変則的行政活動として捉えようとするものである。しかし、このような理論もドイツの潮流の一つと見られている。

ドイツでのもう一つの大きな考え方は、いわゆる合成的行政処分の理論である。ドイツプロイセン高等裁判所の判例を中心に形成されてきたものである。即時強制の事実行為の中に、一定の態度を命ずる命令とその執行行為とが含まれていると解し、即時強制をあくまでも、行政強制の亜種ないし変形と考えるから、マイヤーの見解とは大きく異なる。このように解するのは、そこに存する命令を争うことにより、実定法との関係で、即時強制の取消訴訟の許容性を認めることがねらいであり、必ずしも即時強制の法的根拠の発見が目的ではないとされる。<sup>(14)</sup> かなりの支持があり、また立法にも多きな影響を与えている。

以上三つの理論に共通する特徴は、とくに、憲法論を中心に据えていないことである。例えば、第一の警察概括条項論は、いわば自明の理として、その問題点さえも論じない傾向を有する。憲法そのものが警察概括条項の中に事前

に埋没されている。第二のオットー・マイヤーの民法や刑法の法理による説明は、行政法にそのまま適用することに問題がある。<sup>(15)</sup> また第三の合成的行政処分の理論にしても、即時強制そのものの正当性ではなく、即時強制についての法的現状をいかに合理的有効に説明するかというものであり、憲法論を基盤とする正当化論ではない。<sup>(16)</sup>

以上に対し、憲法論を基盤におき説明するものとして、ホルストホッフがある。彼は、最近の行政執行法の規定に関連して、一般的国家的正当防衛権は、行政権を法律及び法に結びつける基本法に反するもので最早許されないとし、また、国家の存立に係る緊急や危険状態は、行政権ではなく、憲法領域の責任ある要素のみが、その克服に必要な措置をとるべきであり、国家の一般的正当防衛権の慣習法性を承認することは、法治国家の構造を根本から覆すものとする。<sup>(18)</sup> ここには憲法を中心に即時強制の正当化を論求しようとする態度がある。勿論、これだけでは詳細な憲法論といえないが、憲法論を無視する傾向を排する点で意義が大きいといえる。

わが国の理論については、明治憲法下では、警察の一般的任務や警察概括条項に基づいて直ちに即時強制を認める考えは、ほとんどなく、また、オットー・マイヤーの理論も当時必ずしも多数の支持を得られなかった。<sup>(19)</sup> 日本のも説は、美濃部、佐々木両博士を代表とする法律の根拠説であった。「警察急状態も……唯法令の根拠に基づいてのみ行われ得る」<sup>(20)</sup>とか、「除去スヘキ障害力急迫ニ生シタルモノナル場合ト雖亦同シク警察権ヲ発動スルニハ法ノ根拠アルヲ要シ、之アラサルニ警察権ヲ発動スルハ均シク違法ナリ」<sup>(21)</sup>はこれを示す。一見厳格な法治主義をとっている様であるが、必ずしもそうとはいえない。それは、「行政執行法第一条ニ依り公安ヲ害スヘキ場合ニシテ、從テ其ノ行為ヲ為ス者ニ対シテハ公安ヲ害スル虞アル者トシテ其ノ予防ノ為メ検束ヲ行フコトヲ得」<sup>(23)</sup>（傍点筆者）などからも解る。明治憲法下では、「法律の留保」で示されるような、一九世紀的法治主義であり、形式的には兎も角、実質的にはド

イツの警察概括条項に近いものといえる。治安警察法等の立法が警察に与えた権限から考え、人権を軽視したものであり、正しい意味の法治主義に立脚したものでないことは周知の事実である。

これに対し、現在では即時強制が法律の根拠を必要とする考えは支配的である。<sup>(23)</sup>「警察の一般的任務、超実定法的緊急権とかの思想により法規に基づかざる即時強制の許容性を説明しようとするが如き考え方は殆んどない<sup>(24)</sup>」と見られている。その原因となるものとして、広岡教授は、警察権の基礎に関する法治主義的認識は、ドイツよりも一段と滲透していることを挙げておられる。<sup>(25)</sup>さらに、「法律の法規創造力（従って法律の留保）について規定し（四一条）、基本的人権の最大限度の尊重を要求し（一三条）、生命・自由の侵害について法定手続を保障する（三一条）日本国憲法の下においては……即時強制の許容性を特別な法規の根拠なしに承認することは許されない<sup>(26)</sup>」とし、また、「日本国憲法は司法国家体制をとり、司法権による法の維持保障の原理を尊重し、行政権の活動の適法性の保障も司法権の機能によらしめている。かかる原理の下では……権利の強行的実現ないし強制執行の権利は原則として司法権に留保されている……また、日本国憲法は、国民の基本的人権が国政上実体的・手続的に最大限度に尊重されるべきことを要求している」従って「行政的強制執行権は立法論としても、必要最小限で認むべきであると同時に、解釈論としても、法の明文で特に認める場合に限る<sup>(27)</sup>」とし、また後述するが、憲法三五条の令状主義との関連では、「令状主義の保障は、基本的には行政手続にも及び<sup>(28)</sup>」とし、最高法規の憲法に準拠すべき旨のべておられる。一般論・原則論としては、正しくその通りであるが、問題はこれがどこまで具体化され実践されるかである。以下この点について考察する。

(1) 理論上、両者は区別されるとするものに、藤田宙靖『行政法Ⅰ（総論）』（一九八〇年 青林書院新社）二二四頁。

- (2) 田中二郎『行政法総論』(一九七五年 有斐閣) 三七八頁。
- (3) 田中二郎・前掲・三九七頁。
- (4) 『行政強制—行政権の実力行使の法理と実態』・前掲・一二七頁。
- (5) 田中二郎・前掲・三九七頁。
- (6) 『行政法制—行政権の実力行使の法理と実態』・前掲・三頁—一〇頁参照。とくに行政強制については、明治憲法下と日本国憲法下を比較した場合、量的変化にすぎないとする。この点につき後述。
- (7) 広岡隆「オットー・マイヤーの警察上の即時強制的理論—行政上の即時強制的基礎理論の研究の一環として—」『法学論叢 七二巻一号 七〇頁。
- (8) 行政上の即時強制に関する理論面の諸問題については、広岡隆教授による一連の極めて詳細緻密な論文があるので、ここでも主としてそれに拠って記述させて頂きたい。
- (9) 広岡隆「行政上の即時強制的概念とその法的許容性—行政上の即時強制的基礎理論の研究の一環として—」『法学論叢 七三巻一号 四七頁。
- (10) 広岡隆・前掲・六三頁—六四頁。
- (11) 土二正三「警察の任務の基礎—警察実体法小論の一」『警察法研究第二十五巻第十号 一八頁、三九頁、関根謙一「いわゆる警察上の即時強制について」『警察学論集一七巻一〇号 六三頁、田上穰治『警察法』(一九五八年 有斐閣) 四八頁、竹島久和士「警察官の実力規制に関する若干の考察」『警察研究四六巻一二号 八二頁—八三頁、など。
- (12) 広岡隆「行政強制」公法研究二七号 二〇〇頁—二〇一頁。
- (13) 広岡隆・前掲「行政強制」・二〇〇頁—二〇一頁。
- (14) 広岡隆・前掲「行政強制」・二〇一頁—二〇三頁。
- (15) 広岡隆・前掲「オットー・マイヤーの警察上の即時強制的理論」九五頁以下。
- (16) 合成的行政処分説そのものに対し、疑問とするものに、今村成和「事実行為の取消訴訟」『北海道大学法学論集一六巻二・

三号 一七六頁—一七七頁。

(17) ドイツ連邦共和国基本法第二〇条第二項「すべての国家権力は、国民から発する。国家権力は、国民により選挙・投票および立法・執行権および裁判の特別の機関によって行使される」、第三項「立法は、憲法的秩序に、執行権および裁判は、法律および法に拘束される」宮沢俊義編『世界憲法集』（一九六四年 岩波書店）一四一頁。

(18) 広岡隆・前掲「行政上の即時強制の概念とその法的許容性」七四頁。

(19) 広岡隆・前掲「行政上の即時強制の概念とその法的許容性」七九頁—八一頁。

(20)(21)(22) 広岡隆・前掲「行政上の即時強制の概念とその法的許容性」八〇頁—八一頁。

(23) 田中二郎・前掲・三九八頁。

(24) 広岡隆・前掲「行政上の即時強制の概念とその法的許容性」八一頁。

(25)(26) 広岡隆・前掲「行政上の即時強制の概念とその法的許容性」八三頁。

(27) 広岡隆・前掲「行政強制」一九〇頁。

(28) 広岡隆・前掲「行政強制」二一二頁。

### 三 行政上の即時強制の憲法的根拠

即時強制のいわば実践的正当化について見てきたが、それは即時強制サイドの正当化であった。正当性は、前述したように、すべての法を秩序づける憲法の諸原則を充足しなければならない。憲法の発生の由来、それが法の分野において占めてきた位置等からして、当然のことである。<sup>(1)</sup> 憲法上の原則は種々あるが、ここでは、重要なものをあげ、それらに則して正当性を考えて見る。法治主義、国民主権、基本的人権、司法権の優越、公共の福祉等があげられる。<sup>(2)</sup> 即時強制において、これらの原則はどう扱われているか検討しよう。「民主国家の原理、裁判国家の原理等の行政法

上の基本原理を採用しても、直ちに、具体の制度を描き出せるものではない……行政強制制度における正当化根拠とその……欠陥を考慮した立法者の選択にゆだねられる」とし、その正当化根拠は、「仮に、権利主張者（国家）の実力行使を認めるとしても、それは、私人間のそれにおけるような私力の行使ではない。それ自体すでに、公力である。また、その行使は、自力救済の弊害として指摘される意味での平和・秩序の侵害には当たらない。むしろ、国家の権利自体が、法律によって、社会秩序を保つために与えられたものであり、その限りにおいて、実力行使も、社会秩序の維持さらには増進に奉仕するという正当化根拠を持つのである。これに加えて、実力を行使する者と権利主張者が一致することによって、具体的にいえば同一の行政機関がそれに当ること、より一層法によって与えられた目的を合目的に実現することが可能となるという、実質的考慮も無規（視）<sup>(3)</sup>することはできない」というのが、現在の行政強制全般の典型的考えを示したものといえる。これを素材にして、憲法の基本原則との関連でのべる。

まず第一は法治主義である。勿論、ここでのべる法治主義は、「王が法ではなくて法が王である」とする、英米法でいう法の支配の発想で、その究極の目的は、権力者の恣意を排し、国民の自由、基本的人権を保障するため、国家権力の行使に合理的で客観的な基準を設定することである。<sup>(4)</sup>この点、上記説明では、「立法者の選択にゆだねる」とし、いきなり立法次元で処理しようとする。法治主義即立法主義ではない。法（憲法も含む）を王とする法治主義からは、憲法論が法律論に貶下させられている。また、「権利主張者（国家）の実力行使……は、私力の行使ではない。それ自体公力で……その行使は、自力救済の弊害として指摘される意味での平和・秩序の侵害には当たらない」とし、前述法治主義の核心である「公権力（公力）」の抑制そのものをいとも簡単に「侵害に当たらない」として全幅の信頼を置いている。しかし、法治主義は、あくまでも国家権力を監視抑制し、人権を守るために作られた原則である



ことを想起すべきである。<sup>(5)</sup>

第二は、国民主権である。ここでの意義は、政治のあり方を最終的に決定する権利をさし、これを国民が有することを意味する。即ち、国の政治は、直接的あるいは間接的に国民の意思に基づくべきことをいう。国政上の最も重要な原則である。さらに、国家の諸機関の上位には国民が存在し、国家機関は国民の意思と民主主義の趣旨に従って行動すべきことも意味する。歴史上、行政機関は、最も国民にとって危険極まりのない権力とし警戒され、抑制されるべき対象であった。当該説明は、「民主国家の原理（当然国民主権を含む<sup>(7)</sup>筆者）、裁判国家の原理等の……基本原理を援用しても、直ちに、具体の制度を描き出せるものではない」とするが問題である。確かに、大原則を用いても、即座に具体的措置とは結びつかない。しかし、あるべき方向性を確定した大原則の存在が、何らの具体的制度とも連結しないとすることは、一種の原則無視である。当該説明は、基本原理を具体的制度化に直ちに結びつけるかわりに、立法者の選択の方に直ちに結びつけている。大原則の切り下げは、「立法者の選択」を導き出す伏線として、あるいは一種のトリックのようにも思える。それは、行政法に見られる全体的な優越性から読みとれる。当該説明でも、「私力の行使ではない。それ自体公力である」とし、公権力即正当性のように説明している。これは公権力の正に権力性から、その抑制・監視こそ憲法の最大の役割であり目的でもあったことを無視するものであり、また、国民主権の実質を次第に形骸化する面も有する。議会の立法即主権者の意思とし絶対視する傾向が生じ、国民そのものが、立法者の中に埋没させられ無視される恐れも含む。<sup>(8)</sup>

第三には、基本的人権がある。ここでは行政上、基本的人権がこの分野で一般的にどのように捉えられているかを見る。典型的な説明では、「日本国憲法は、国民の基本的人権が国政上実体的・手続的に最大限度に尊重されるべき

ことを要求している。……行政的強制執行権は、立法論としても必要な最小限で認むべきであると同時に、解釈論としても、法の明文で特に認める場合に限るべき<sup>(9)</sup>や「行政強制は、人権に対する直接の侵害であるから、成文法に基づかない行政強制という観念は、それ自体、ほとんど背理にひとしい。そのような強制は、人権の保障に手厚い日本国憲法のもとでは、きわめて悪質な公序良俗違反だとみるべきであろう」<sup>(10)</sup>など、一様に高く評価されているが、即時強制を含んだ行政強制の現状に対する一般的認識は、「制度的にみて、たしかに、明治憲法のそれと比較した場合の変革がみられる。しかし、それは、なお、量的なもので……適用範囲は縮小されたとはいえ、なお、行政強制のカテゴリーは残されており、その内部では、行政機関の自力救済システムが、貫徹している。司法機関の関与の手法は原則として、とられてないし、自力救済の内部においても、一般的には人権保障と権利実現の実効性担保の調整に関する新たな手法が採用されている訳ではない。いいかえれば、人権保障の理念に、行政強制の範囲の縮小でこたえたのが、現行制度」であると分析する<sup>(11)</sup>。このような現状は、憲法原則から様々な問題を含むが、ここでは、四つの問題点を指摘する。第一の問題点は、制度的にみて明治憲法と比較した場合、量的な変革という点である。明治憲法から日本国憲法へは、手続上は、明治憲法七三条の改正条項による改正である。しかし、通説では、これは改正ではなく、全く性質の異なる新しい憲法の制定だとされる<sup>(12)</sup>。日本国憲法への改正<sup>〃</sup>は、正しく本質的な変化を含み、当然下位法にも及ぶものである。もし、下位法の本質的変化を認めず、単に量的変化に留まるなら、憲法論では是認できない状況といえる。これは法秩序の破壊にも通じる。何故なら、下位法が最高法規の変化から別枠とされ、最高法規の趣旨を無視することになるからである。これは法の分野の下剋上とも称すべき状態である<sup>(13)</sup>。具体的に明治憲法から日本国憲法への変化が質的変化であることを見てみよう。天皇主権から国民主権へ、基本的人権の尊重、平和主義の確立、自

由国家から社会国家へ、司法権の優越等がある。その中でも最も大きな本質的变化は、国民主権である。明治憲法下では、天皇主権であり、国家そのもの自体がむしろ天皇の所有物とも考えられていた。<sup>(14)</sup>しかし、現行憲法は、国民が国家構成の中心的要素であり、国家の方向は国民の意思により決定される。基本的人権においても、明治憲法下では、いわゆる「法律の留保」が存在し、下位の法律によって制約することを許していた。<sup>(15)</sup>憲法は単なる宣言文にすぎないとする、憲法の本質に反する考えが根底にあった。現在でもその典型ともいえるプログラム規定説なるものが存在する。しかし、現行憲法は「法律の留保」を認めない。<sup>(16)</sup>平和主義に至っては、世界にも類例がないことは周知の通りである。自由国家から社会国家への変化も憲法論からは非常に重要な問題を含む。明治憲法下では、国民間の経済生活への国家的介入は極力回避された。現行憲法は、逆に国民の全生活分野にわたり、生存権を充足するために積極的に介入することを国家に課している。このことは、当然行政法分野の具体的制度に違いを生み出すことになる。

最後に、司法機関の関与につき、行政強制のカテゴリーは残されており、行政機関の自力救済のシステムの貫徹から、原則として司法機関の関与の手法がとられていないこと、人権保障と権利実現の実効性担保の調整に関する新たな手法が採用されていないとし、行政強制の自己完結性を優先させ、司法権の介入を極力排除しようとする傾向を有するものとみている。しかし、旧憲法との最も大きな相違の一つである違憲法令審査権（憲法八一条）は、すべての国家行為につき憲法に適合するかどうかの決定権を最高裁判所に与えている。これは、憲法の最高法規制を示し、従って、現行法制度も当然憲法の原理によって審査される。さらに、その権限を国民は、最高裁に付与することにより、行政権や立法権の上位に司法権を置いたことも示している。通常、これを司法権の優越という。従って、行政機関だけが自己完結性を原則とすることは許されない。

以上のように、両基本法の質的変化は、明白であり、方向も確定しているにも拘らず、今だに修正がなされない状態である。現憲法は、かつての全体主義の下での個人の圧殺を反省し、個人を尊重し（憲法一三条）、諸種の基本的人権（第三章）、公務員の不法行為による損害に対する賠償請求権（同七条）が規定され、さらに、前述のごとく、司法権の優越により国家権力を監視している。このようなことから、基本的人権の侵害のみならず、すべて違憲の国家行為に対し、当然司法的救済がなされることになる。しかし、他方、行政強制のような問題は、すべての国家に共通して存在することから、むしろ量的問題と捉える傾向にある。本来、質的な問題として取扱われるべきものが量的問題に転嫁させられる危険がある。従って、いくら人権保障や法治主義、司法権の優越という憲法原則を力説しても、逆にそれらはすべて質の問題ではなく、量の問題と化する惧れがある。

基本的人権に関連して常に問題となるのは、人権の規制手段あるいは規制根拠としての「公共の福祉」である。一般には、基本的人権も絶対ではなく、制約が存在すると考えられている。<sup>(18)</sup> 憲法での通説的見解によれば、「公共の福祉」には二つの意義がある。<sup>(19)</sup> 一つは、自由国家的公共の福祉であり、各個人間の権利が相互に衝突したときの調整役をするものとして用いられる。もう一つは、社会国家的公共の福祉であり、各人の人間に値する生活が妨害された場合には、国家が直接個人の侵害行為（権利行使も含む）を排除することをさす。即時強制では、事柄の本質上、後者に関係するものと考えられる。従って、この分野でも憲法論からは、当然これが考慮されねばならない。例えば、立入調査や伝染病患者の強制入院、狂犬の薬殺、警察官の実力規制等はこれに関連する。しかし、この点についても、行政法の分野の主張とはかなりギャップがある。例えば、警察官の実力規制に関し、「基本的人権の名の下に恣意的な行動を許されるとすれば、当該行動により第三者の人権が侵害される……警察目的の重要性、警察手段の多様性、更

には立法技術の困難性等を考慮するならば、警察官の実力規制の総てについて具体的な法の明文の根拠を必要とするとの見解は、複雑化した現代社会において、しかも基本的人権と公共の福祉との調和を期待するわが国の現行憲法秩序の下においては、疑問なしとしない<sup>(20)</sup>との主張がある。「公共の福祉」による制約は、憲法上可能であるとしても、その制約には当然しかるべき論拠を必要とし、それを明文に規定し、制約の正当化とすべきである。いずれにしても、できる限り細大もらさず明確化するのでない限り、単なる修辭詞としての「公共の福祉」では、もはや憲法論からは是認しえない。しかしここでは、すべてにわたり明文を必要とすることにつき疑問が提起されている。勿論、警察作用ばかりではなく、その他の分野においても、すべての具体的諸状況につき予め明文を置くことは無理である。問題は、原理原則を明文化することにより、すべての具体的諸状況にも方向性を与えることである。また、ここではあくまでも憲法上国民（人間）が有するれっきとした基本的人権の行使が問題なのに、基本的人権の名の下に行われる恣意的な行為を引き合に出している。これは何ら基本的人権とは関係がなく、少なくとも憲法上保障されるべきものではない。ところが、ここではこのような行為も対象にし、結果的には、その行為とは実質上何の関係もない本来の基本的人権が明文の必要もなく抑制されるかの如く説いているのは、問題といえる。このような理論は、憲法論を正面から正当に捉えないで、行政権を握る現場の便宜を中心に考えての理論といえよう。

基本的人権との関係で最も問題になるのは、令状主義である。一般的説明としては、憲法三三条（逮捕令状主義）、同三五条（搜索・押収令状主義）は、「直接には、刑事手続の一環としてなされる強制措置をその対象としているものといえるであろうが、行政上の即時強制がこのような憲法上の制約から完全に自由であると解するのは、正当とはいえない。憲法の趣旨は、かような強制措置についても当然に尊重されなければならない。……行政上の即時強制

は……いちいち、司法官憲の令状を必要とするということは、恐らく憲法の予想しているところではなく……憲法も、行政上の即時強制の制度の目的に照らし、合理的な範囲においては、その制約に対する例外を認める趣旨と解してよい。しかし、その強制措置が少くとも刑事責任の追及と直接的関連性をもって行われるような場合は、右の規定（憲法三三条、三五条Ⅱ筆者）の適用を受けるのが当然であり<sup>(21)</sup>とされている。通説的見解であり、判例もほぼ同旨と思われる<sup>(22)</sup>。通説・判例は、当該憲法規定の置かれた位置や文言から、刑事手続に関する規定を考えているが、不合理も伴なう。通説的見解を純粹におし進めると、結局、行政手続については、憲法上規定が存在しないことになる。行政手続による個人の諸権利への侵害が非常に多く、むしろその方が問題になっている現状では、この理論は實際的でなく、また、憲法の終局の目的の一つである個人の権利、自由の保障に反することになる<sup>(23)</sup>。しかし、他方では、個人の集合体で且つ個人の存在を保障する国家の利益をも追求しなければならない。この両者を同時に充たすためには、行政機関の権限行使に当って、国民の権利、自由を侵害しない様に権限行使の範囲を厳格に規定し、しかも、その具体的行使に際し、さらに諸条件を付し制約することが要求される。その制約の一つとして法律の根拠がある。従って、令状主義は、行政手続にも適用されるべきである。この点、アメリカ合衆国の判例・学説は、わが国よりかなり行政権に対し厳格な制約を伝統的に課している<sup>(24)</sup>。合衆国の判例に共通するのは、純然たる個人の住宅であれ、営業上の建物であれ、私的な建物への修正四条（日本国憲法の三三条、三五条の内容を含む）の適用である。とりわけカメラ事件とシー事件（同じ日に判決）の両判決では、令状主義は、営業上の建物であろうとなかろうと厳格な適用を判示している<sup>(25)</sup>。しかし、最も新しい判例のドノバン事件では、令状主義の厳格な適用が後退している。それは、令状主義の例外の幅を拡大したことで示される。議会の合理的判断による立法で令状を必要としないとされる立入検査

(inspection) は、修正四条を侵犯しないとする。その合理性としては、重大な連邦的利益、立法の対象の産業が、通常、最も大きな危険性を伴うこと、立入検査の定期性、検査の対象項目が健康、安全などであり、その基準も既に法律以下で基準が決定されていて周知であること、また、捜索施設の箇所、検査の対象となる法律侵犯事項につき検査官の恣意を抑えてあること、立入検査につき合意を前提とし、それが得られない場合、裁判所で令状を得るものとし、修正四条の利益との調和を図っていることなどをあげている。<sup>(26)</sup> しかし、もし当該判例を原則論とするならば、これもまた、憲法上の重要問題を法律レベルでの問題に格下げし、憲法上の合理性にかえて法律上の合理性を優先することになるものと思われる点で問題を含む。<sup>(27)</sup>

(1) とくに、基本的人権の詳説につき、宮沢俊義『憲法Ⅱ』(一九六六年 有斐閣) 七五頁以下参照。

(2) これらは、その中にさらに多くの諸原則を含む。例えば、国民主権につき、国民代表制、直接民主制、議会制等に関する諸原則を含む。

(3) 『行政強制—行政権の実力行使の法理と実態』前掲・五頁、四頁。

(4) いわゆるドイツ的法治主義に対する批判として、槇重博『現代行政法序説』(一九八〇年 弘文堂) 一九三頁—一九九頁。

(5) 杉村敏正『行政法講義総論(上巻)』(一九八一年 有斐閣) 四八頁、田上穰治編『憲法辞典』(一九七七年 青林書院新社) 一一一頁—一二二頁。

(6) 主権概念には三つのものが存在する。宮沢俊義『憲法』(一九六一年 有斐閣) 七頁—八頁。

(7) 前掲・『政治学辞典』一三〇〇頁、前掲・『法学辞典』九六六頁。

(8) 議会が必ずしも「人民の意思」と一致しないことにつき、小林直樹『現代国家と議会制』『現代議会政治』法学セミナー増刊(一九七七年) 三頁。

(9) 広岡隆・前掲『行政強制』一九〇頁。

(10) 菊井康郎「行政強制と法の根拠―当局の態度をめぐって―」公法研究二七号 二二五頁。

(11) 『行政強制―行政権の実力行使の法理と実態』・前掲・六頁。しかし、このような認識そのものにも問題はある。

(12) いわゆる宮沢八月革命説である。宮沢俊義『憲法の原理』(一九六八年 岩波書店) 三七五頁以下。

(13) 政治権力闘争上の下剋上は、場合によっては妥当性もあるが、法秩序での下剋上は混乱を惹起し、結局憲法の無視に帰着するのみである。

(14) いわゆる家産国家思想である。勿論、明治憲法下では、一般には家産国家とはされていないが、政治の現実としてはこれに非常に近い状態であったといえる。「赤子」は、事実上、正に国民を天皇のために身心を捧げるものとしての存在たらしめ、(天皇機関説)また国家法人説さえ認められなかった背景がこのことを証明するものといえる。

(15) この下におびただしい人権抑圧立法の誕生をみたことは周知のところである。

(16) 小林孝輔『憲法学要論』(一九八一年 勁草書房) 八〇頁。

(17) 槇重博・前掲・一二二頁も、国会の制定法ではなく、憲法により、国民の人権が保障される法治国とし、そのために最高裁に違憲法令審査権を与えているとする。

(18) 俵静夫「基本的人権と公共の福祉」『憲法講座2』清宮四郎・佐藤功編(一九六六年 有斐閣) 三頁―四頁。

(19) 宮沢俊義・前掲『憲法Ⅱ』二二四頁以下参照。

(20) 竹島久和士・前掲・三六頁―三七頁。

(21) 田中二郎・前掲・三九九頁―四〇〇頁。

(22) 例えば、最大判昭和四七年十一月二三日(刑集二六卷九号五五四頁)のいわゆる川崎民商事件が一般的にこれに該当するとされる。この事件の解説として、佐藤幸治「行政調査と憲法」別冊ジュリスト・行政判例百選Ⅱ 二六一頁。しかし、後述の如く問題もある。

(23) 下山英二「行政手続と人権保障」ジュリスト増刊・憲法の争点 一〇八頁、小林直樹『憲法講義上』(一九七〇年 東京大学出版会) 三五六頁以下参照。



- (24) 早川武夫・山田幸男訳『基本的人権—日米憲法の比較法的研究のために—』(一九六五年 有斐閣) 六三頁—六四頁、また、行政手続と令状主義についての批判も非常に多い。最近の重要な判例としていくつかあげると、*Camara v. Municipal Court of San Francisco*, 387 US 523 (1967), See *v. City of Seattle*, 387 US 541 (1967), *Marshall v. Barlow's, Inc.*, 436 US 307 (1978), *Michigan v. Tyler*, 436 US 499(1978), *Donovan v. Dewey*, 452 US 594 (1981) などである。
- (25) この点につき、とくに、シー事件が厳格に明示している、387 US 541, pp. 947-948.
- (26) 452 US 594, pp. 269-274.
- (27) この点、多数意見に対し、スチュアート判事は、カマラ事件並びにシー事件の趣旨に従うべきことを主張して反対意見をのべている。議会の立法による修正四条の侵害を恐れている。しかし、長期にわたり一般的に規制が認められてきた営業上の建物は、令状主義の例外とされるところに在る。452 US 594, pp. 275-279.

#### 四 行政上の即時強制における憲法的基本原則

行政法も他の法分野と同じく一般に原則論は存在し、その原則論否定は危険であることをのべるのが通常である<sup>(1)</sup>。しかし、この原則論は、分野によっては必ずしもストレートに適用されない。その一つが行政強制の分野である。このような状況は、結局、行政法の独走を許し、権力の恣意性を強めることになり、憲法の諸原則を軽視し、あるいは破壊し、憲法を最上位に置く全法秩序そのものを破壊することになる。従って、厳然として存在する原理原則を再確認し、行政側の便宜による修正、変更、無視を許さず、その本来の趣旨に従い行政法規に適用すべきである。さらに、憲法に明文の規定がない場合でも、原理上又は歴史上当然憲法上の原則とされるものについても同様である<sup>(2)</sup>。憲法の原則は、多種多様に及び民主主義を徹底できるように仕組まれている。これらの諸原則は、非現実的だとされたり、

実践的ではないかの如くに言われたりするが、このような処理法が存在すること自体、憲法体制から見て、危険だといえる。とくに、権力（本来国民より委託され国民のために行使される）を振うことをその作用に含む行政法分野においてこそ、基本法の回復あるいは維持が極めて重要になる<sup>(3)</sup>。

そこで前述した諸原則をもう一度少しく体系的にのべることにする。まず国民主権がある。即時強制における行政権力のみならず、すべての国家権力は、国民主権の下では、国家を構成する国民から派生し、国民のために行使されるのであり、もはや国家そのものの権力という発想は困難であり、従って、権限を委託する国民が「客体」であり、受託者が「主体」とすることは問題である。もともと行政機関は、国民主権の原理上、単なる権限行使機関にすぎず、<sup>(4)</sup> 独断で行政権力の行使はできない存在である。国民主権の具体化として、法治主義がある。法治主義は、国民から委託された行政権（権限）を民主主義の原則に従って具体的に行使するために手続的にも又実体的にも、国民の同意に基づく法の定立を要求したものである。法律によらない行政権力の行使は、行政権限の付与者である国民を文字通り固定的な一方的な行政権力の客体にしてしまう。これを防止するための大原則として、法治主義が用いられる。この法治主義の具体化に際し、最も重視すべき内容が基本的人権である。中でも即時強制は、権力作用であり一段と慎重に扱わねばならない。従って、法治主義による基本的人権侵害防止は、基本的人権が関係する限り、行政のどの分野においても、適用され、法律の存在を全く前提としないことは許されない<sup>(5)</sup>。それが緊急状態のような場合でも、事前に考えられる限りの合理的且つ正当な具体的規定を置くべきである。基本的人権については、重要な論点に公共の福祉と令状主義がある。公共の福祉については、一般的には、権力による人権制約を妥当づける意味で用いられるが、権力抑制や社会国家の要請より、むしろ国家機関による人権の保護、推進にウェイトを置くべきであり、もはや行政権

の便宜的用語としての役割は、憲法上許されない。また後者の令状主義は、基本的人権の中でも最も根本的な価値である身体や財産、プライバシーを侵害する場合に、個人の尊厳、民主主義、国民主権等の大原則から正当な理由の必要をのべたものである。最後に司法権の優越がある。これは、国民主権主義とそれをうけた法治主義、さらに基本的人権をふまえて具体的な状況下で行使される行政権力が正当な範囲の行使態様に入るかどうかを監視し、また、客観的な判定者として裁判所が判断を下すことを最大の目的とする。国民の側からは、権力行使に対する事前救済又は事後救済の役割を有するものである。<sup>(6)</sup>この点、わが国の司法権優越という原則は、本来の作用を果すことにより、行政権力に対して極めて有効な権力抑制作用となりうる。

(1) 竹島久和士・前掲・三六頁。

(2) 前述の社会契約論や憲法制定権力論等もこれに入る。

(3) 室井力「現代社会と行政の民主的統制」『現代法の諸領域と憲法理念』小林孝輔教授還暦記念論集（一九八三年 学陽書房）二一七頁以下。

(4) 個人の場合、法による規制がなければ、その行為はなしうる（いわゆる自由の地位）が、行政権力の場合は、これとは全く異なる。

(5) この点、警察官職務執行法はかなりの程度厳格な条件を付している。

(6) 即時強制の場合は、一回の実力行使で侵害も完了してしまうことが多く、事前救済は難しい点もある。救済については、『行政強制—行政権の実力行使の法理と実態』・前掲・一五五頁以下参照。

## 五 若干の判例検討

以上のような憲法上の原則は、わが国の即時強制の判例でどの程度対応されているかを見る。この点は、司法権の優越とも関連するが、裁判所が司法作用を通じ、憲法の番人としてどの程度憲法上の諸原則を貫徹しているかの問題でもある。多くの判例が対象となるが、ここでは三つだけとりあげ簡単にのべる。それは(1)最小判昭和五二年五月六日(刑集三一巻三号五四四頁)、(2)最大判昭和四七年一月二二日(刑集二六巻九号五四四頁)、(3)東京地判昭和三八年七月二九日(行裁例集一四巻七号一三一六頁)である。<sup>(1)</sup>

(1)当該事件は、許可を受けないで集団示威運動を行った際に、角材の柄付きプラカードを携行した。このデモに対し、警備の警察が「無届けデモはやめよ」の警告を再三発したが従わなかったため、両方が接触するに至ったが、実力阻止、解散の任務に従事する警察官に対し、前記プラカードで殴打、刺突したため、兇器準備集合、公務執行妨害罪にとわれた。ここでは、警察官の実力阻止と基本的人権(当該事件では表現の自由)、公共の福祉に限定して簡単にのべる。まず基本的人権に関し、最高裁は、「無許可の集団示威運動は、それが届出さえすれば許可される性質のものであったとしても、それ故に許可を受けたと同一の効果をもつものでない……単に許可申請手続をしなかったという点で形式上違法であるばかりでなく、それ自体実質的違法性を有するものであることは……明らか」とし、警察の制止については、東京都条例第四四号(集会、集団行進及び集団示威運動に関する条例)により、「警視總監は……公共の秩序を保持するため、警告を発しその行為を制止しその他その違反行為を是正するにつき必要な限度において所要の措置をとることができる」とする。勿論これは条例であり、憲法ではない。学説では、許可制は、憲法二一条

で禁止する検閲に該当するから、公安条例そのものを違憲とする説が多い<sup>(2)</sup>。また、当該判決では、無許可は、実質的違法性を有するとしているが、これも単なる法律論で対処するもので、基本的人権論からは説得力がうすい。人権の制約という憲法問題には、憲法論で対処すべきである。次に、公共の福祉との関係では、警察官の阻止行為の基準として原審（東京高等裁判所）がとった「明白且つ現在の危険」基準<sup>(3)</sup>にふれ「本条例四条につき誤った限定解釈をし、警察官の阻止線形成行為につきその評価を誤った疑いが濃い」とし、特に詳しい憲法論も理由も示していない。

(2)これは、いわゆる川崎民商事件といわれるもので、旧所得税法（昭和四〇年改正以前のもの）の六三条に規定する収税官の質問、検査を拒否したため、同法七〇条一〇号、同一二号により有罪とされた。憲法三五条の令状主義、同三八条一項の自己に不利益な供述規定との関連でのべる。まず令状主義につき、最高裁は、「憲法三五条一項の規定は、本来、主として刑事責任追及の手續における強制について、それが司法権による事前の抑制の下におかれるべきことを保障した趣旨であるが、当該手續が刑事責任追及を目的とするものでないとの理由で、その手續における一切の強制が当然に右規定による保障の枠外にあると判断することは相当ではない。しかしながら……あらかじめ裁判官の発する令状によることをその一般的要件としないからといってこれを憲法三五条の法意に反するものとすることはできず」とする。行政手續にも令状主義を原則とするのかどうかについては、明確でないが、「一般的要件」としない、との判示から、むしろ原則としない<sup>(4)</sup>とれる。憲法三八条一項との関係では、「もっぱら所得税の公平確実な賦課徴収を目的とする手續であつて、刑事責任の追及を目的とする手續ではなく、また、そのための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有するものでもないこと、およびこの様な検査制度に公益上の必要性和合理性の存すること……旧所得税法七〇条一〇号、一二号、六三条の検査、質問の……右各規定そのものが憲法三八条一項にい

う『自己に不利益な供述』を強要するものとすることはできず」としている。しかしこの判示内容には、実際上も理論上もかなり無理がある。税法上の資料は、結果的には刑事処罰に通じるし、この様な検査制度を公益上必要であり合理性もあるとするが、憲法上の人権原則を無視ないし軽視した「公益」であり疑問である。

(3)これは受刑者の頭髪剪剃(当該事件では丸坊主刈り)を規定した監獄法三六条、同施行規則一〇三条およびこの規定に基づく刑務所長の取扱の合憲性、またこの処分に対し事前の差止請求が認められるかが争われた。三つの争点がある。第一は、行政行為に対する司法判断である。「裁判所にひろく行政行為の適否の審判権を認めるとともに、いわゆる違憲審査権の権能をも賦与したわが憲法は……基本的人権の擁護のため必要があるかぎり、事前の差止めによる救済を与うべきことを司法権に期待しているものというべきである」とし、行政事件訴訟法三条一項の「公権力の行使」に関する訴訟の一種とし適法な訴として<sup>(5)</sup>いる。この点に関しては、ほぼ妥当な判断といえる。次は、受刑者の頭髪剪剃法令とそれによる行政処分との必要性と合理性の問題である。当該判決では、衛生、刑務所内の秩序という面からの外観の斉一性、財政上負担が少ないこと等から合理的としている。しかし、当該必要性、合理性の原動力は、いわゆる特別権力関係論である。「受刑者を刑務所に収容する目的は、犯罪に対する制裁として、身体を拘束し、同時に隔離された場所において犯罪者に矯正策を講じようとするところにある……受刑者の頭髪に関する自由の制限……も、かような受刑者の特殊の立場、地位を度外視して論ずることは許されず、前記目的を達するために合理的必要がある限り、右自由に制限を受けることはやむを得ない」としている。しかし、犯罪者の矯正策を考慮に入れても頭髪が丸坊主に限定される科学的根拠はない。憲法も丸坊主に限定して法律に委任しているとは考えられず、受刑者の人権侵害の可能性が強い。しかし、これに対し「頭髪を剪剃させることが直ちに人間の尊厳を害するものとは認め

られない（中略）憲法一三条に違反するものとは考えられず……頭髮が『丸坊主』であるからといって、それだけで、生活上格別の不利をもたらし若しくは精神的肉体的に格別の苦痛を生じるものとは考えられないので、その剪剃の強制が憲法第二五条、第一八条に違反するという問題はおこり得ないことは明らかである」とし、結局「刑務所長は、受刑者がこれを拒否する場合においては、懲罰その他の間接的方法により、あるいは、必要がある場合には、直接的強制力を用いても、受刑者の頭髮を剪剃することも許されると解するのが、監獄法第三六条の本文と但書を対比し、事柄の性質を考慮して、相当というべきである」とする。しかし、これらは基本的人権を論破するに充分なものとはいえず、行政の便宜と権力主義にかたよったものと評せよう。

(1) 警察官の実力行使の問題点と判例については、竹島久和士「警察官の権限行使をめぐる諸問題―特に警察官の実力行使に関する問題を中心に―」警察学論集二七巻一〇号、二八巻三号・五号・九号が詳しい。

(2) 隅野隆徳「公安条例と表現の自由」『日本の憲法判例―その科学的検討―』（一九七〇年 敬文堂）九五頁、清水英夫「言論法研究―憲法二一条と現代―」（一九七九年 学陽書房）六頁、佐藤功『日本国憲法概説』（一九七八年 学陽書房）一七二頁―一七七頁、など。

(3) 日本の学説や下級審では今日でもかなりの支持がある。「危険」基準につき、伊藤正己『言論・出版の自由―その制約と違憲審査の基準―』（一九六四年 岩波書店）が詳しい。拙稿「『言論』と『行動』の区分理論に関する三つの『言論』規制基準について」『青山社会科学紀要』第二号 四二頁以下参照。

(4) 但し、一般的には令状主義が適用されるものと理解されていることは前述。

(5) 従って反覆して行われる性質の即時強制については事前救済の意義がある。

## おわりに

以上簡単に検討したが、行政上の即時強制における憲法論については少くとも充分な形では行われていないといえる。もっと原点に戻り憲法論を踏まえた議論と論証がなされるべきであり、その際憲法の諸原則に最大の尊重と配慮を払うべきである。一般論としては憲法原則を掲げながら、個別具体的状況ではそれを否定し、その否定も憲法論のレベルではなく、次元を法律論レベルに下げて行なうか、あるいは全く無視するというパターンが多く見られる。これらは、結局、憲法の最高法規性にかえて法律の最高法規性を置くものであり容認できない。このような形で憲法論を消極化することは、行政権力サイドでの現状肯定論となる。何故なら、とりわけ行政法の分野では現実の行政上の要求が先行することが多く、それにより具体化された立法を肯定することになり、あるいは既に存在する立法を根拠にするからである。<sup>(1)</sup>しかし、重要な点は、立法手続を形式上経て制定された法律の上には、憲法が存在するということである。憲法原則に矛盾し、あるいは少くとも疑問視される内容を含む下位の法律を手続的経過（これも勿論民主主義、法治主義の要求するところであるが）だけを考慮し、正当化したり、疑問視される法規や行政行為を積極的に支持することは、立法そのものの形骸化、民主主義の形骸化にも通じる。憲法の要求する諸原則は、それなりの趣旨と目的を有し、それはすべて被統治者が現実の政治権力者に対して常に守るべく要求してきた長い歴史的産物であることを忘れてはならない。そのような内容を含んだ憲法の委任によって始めて立法が正当化されるのである。具体的には、この点さらに厳しく憲法上の制約が課されてしかるべきである。



(1) 日米共同訓練での米艦への燃料補給につき、防衛庁は現行法制内で可能としている。具体的には、国が所有あるいは保管する動産の効率的供用と良好な管理を目的とする物品管理法の第二九条の「貸しつけても国……に支障を及ぼさない」を援用。しかし、事は物品管理法の援用という法律次元の小手先の解決で済む問題ではない。憲法論として、第九条の平和主義、さらには、長沼判決では認められた平和的生存権の理論が当然論じられねばならない。これらは行政サイドでは現行法制度とは見られず、全く無視され、ただ現実的便宜主義の法理論が優先することを見せている。昭和五八年八月一七日朝日新聞夕刊。